

ALGUNAS PECULARIEDADES DEL PROCESO CONCURSAL PARTES – COMPETENCIA – FUERO DE ATRACCIÓN – CÚMULOS

JAIME GREIF

SUMARIO:

“En el cuarto sin ventanas” Adolfo Bioy Casares señala que “el que se pierde en las circunstancias no encuentra la verdad”.

Y dicha expresión que da inicio al cuento es también aquí de aplicación: de lo que se trata es de comprender diversos fenómenos sustanciales que refieren a la ejecución colectiva para ir superando diversos problemas que el tema nos presenta: por un lado el de los sujetos legitimados, por otro el de la competencia y sus alcances, por otro el referido a la real graduación de los créditos.

Y finalmente la realidad actual del régimen concursal en el cual la meta de la distribución ajustada de los créditos contra el deudor, parece haber sido superada por el de mantenimiento de la actividad empresarial, como vía indirecta para satisfacer los derechos de los diversos interesados: empleados, acreedores privilegiados, acreedores quirografarios.

Y de ello resulta el nacimiento y desarrollo de la vía administrativa, como paso previo a la vía concursal.

De que modo esta vía administrativa altera o llega a alterar la vida de la empresa, y de los sujetos en ella implicados es en realidad uno de los temas esenciales de la actual temática concursal.

Aquí el proceso pasa a través de la actividad negocial, y ello determina en cierto modo el objeto, los sujetos y el modo de proceder.

Del principio de igualdad ante la ley a la pervivencia de la empresa.

I - INTRODUCCIÓN

Abordar el tema concursal en forma parcial, como quiere la convocatoria de las Jornadas, no debe impedir un primer enfoque sobre el problema del instituto en sí, tomado como objeto de análisis. Y mas aun comprensivo de las dos especies tradicionales en nuestro derecho: el concurso civil y las diversas formas de ejecución colectiva que afectan al deudor comerciante - concordato, quiebra, liquidación judicial-, y que alcanzan también a una figura especial, la del conjunto económico.

La raíz de todas las soluciones, se encuentra obviamente en la disposición contenida en el artículo 2372 CC, según el cual: “los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables – artículo 2363 – son la garantía común de los acreedores. Y el precio de ellos se distribuye entre estos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295).

La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios”.

Como veremos, la legislación reciente, y no sólo la nuestra, ha alterado en cierto modo el esquema tradicional, al determinar el orden de graduación, llegando según algunos a equiparar determinados créditos privilegiados con los créditos preferentes.

El propio Mazeaud, indica que la situación del comerciante cuyo patrimonio está en liquidación, hasta el cierre del proceso de la administración de sus bienes en beneficio de la masa de sus acreedores, no implicaba una incapacidad. En efecto los actos que cumplía el deudor eran perfectamente válidos a su respecto y lo obligaban sobre sus bienes, pero esos actos eran inoponibles a la masa de acreedores.

Ni el desapoderamiento ni la inoponibilidad, son una incapacidad.

Al contrario, con la nueva liquidación judicial, la sanción del desapoderamiento es una nulidad absoluta que puede ser reclamada por cualquier interesado, pues la masa es una noción que ha desaparecido. El desapoderamiento tiene lugar en beneficio del liquidador.¹

1 - cf. Mazeaud, Leçons de droit civil, Tomo 2, pag. 221 - 1991

Me pareció de interés comenzar por el principio de la responsabilidad patrimonial, y aun por las “evoluciones” recientes, antes de analizar en detalle algunos de los temas que afectan a la ejecución colectiva, hoy, entre nosotros.

II - LAS DIVERSAS MODALIDADES DE LA EJECUCIÓN ACTUAL

Tradicionalmente, ya en el CPC se distinguía la ejecución singular de la ejecución colectiva.

En el primero de los supuestos, el deudor debe hacer frente al reclamo de un acreedor y posee bienes bastantes para cubrir la cantidad reclamada, como señala hoy el artículo 454.3 del CGP.

El supuesto restante, refiere al concurso necesario, y lo habrá “cuando dos o mas acreedores hubieren iniciado ejecución contra el deudor y no existieran bienes bastantes para cubrir la cantidad reclamada.

Como señalaba el Tribunal Primero en la sentencia 93 del 2000 “el concurso necesario una vez decretado, ingresa en una etapa ejecutoria, que no se puede asimilar a instancia de un juicio. Se trata en el concurso, al igual que en la quiebra, de un procedimiento de ejecución colectiva, que no puede retrotraerse una vez ejecutoriado, y su culminación no puede ser otra que la contemplada en los procedimientos específicos regulados en cada instituto.(cf Mezzera en lo referente a la quiebra – Curso, Tomo VI, pag. 222).

Moretti, analizando las formas de terminación del concurso conserva que aceptada la cesión de bienes o después de declarado el concurso, la perención dejaría las cosas igual, como si no hubiera ocurrido (Apuntes de derecho procesal, Tomo II, pág. 81)”

Junto a esta primera distinción, podemos recordar los comentarios acerca de la naturaleza del concurso efectuados por Barrios de Angelis, para quien se trata de un proceso judicial, caracterizado por su objeto, sus sujetos y sus finalidades: el objeto es la condición especial de un deudor y su patrimonio – la real o presunta cesación de pagos; sus sujetos específicos son un deudor común y la totalidad de sus acreedores – quirografarios, preferentes (prendarios o hipotecarios) privilegiados – fiscales o laborales; y las finalidades consisten en la liquidación de bienes y pago a prorrata de los créditos y/o el cambio de la relación negocial entre el deudor y sus acreedores, que se traduce en la ampliación del plazo para pagar- espera -, y en las eventuales quitas que faciliten el mantenimiento de la actividad negocial.

Como consideración complementaria, Barrios señalaba que el concurso debe analizarse no sólo como un modo de ejecución colectiva sino como lo que él denomina un modo de conocimiento colectivo,² hipótesis que la doctrina tradicional – Arlas o Viera - calificaban como proceso voluntario, entendiéndolo que los supuestos en que solo se otorgan quitas o esperas, los denominados generalmente como de arreglo concordatario, no suponen la existencia de un litigio sino de un proceso no contencioso.

Sin entrar a fondo en la discusión referida, cabe recordar que la doctrina comparada mas reciente –p.e. Tarzia se afilia a la tesis del proceso voluntario-³

III - LAS PARTES Y LOS TERCEROS EN EL PROCESO

III a.- En este sentido, Candian consideraba partes a los acreedores concurrentes a la ejecución colectiva, como “sujetos del proceso y también sujetos de la litis o sea del interés”, y luego, aunque con algunas dudas calificaba también al fallido como “sujeto pasivo de la ejecución colectiva” y no solo como sujeto habilitado para cumplir actividades peculiares del demandado en el proceso de cognición y el deudor en el proceso de ejecución singular.⁴

III b.- Treinta años mas tarde, Francisco Ferrara, excluyendo los procedimientos desenvueltos en contradictorio, concibió a la quiebra como un proceso administrativo – sin partes en sentido formal-, en tanto el Estado asume la tarea de proveer de oficio a la liquidación del patrimonio del deudor y satisfacer a los acreedores: deudor y acreedores son aquí simples interesados en el procedimiento⁵.

2 - en “El proceso civil”, Tomo 2, pag. 153 y 154

3 - a las cuales alude el propio Barrios, y Tarzia en Revista di diritto processuale, “Proceso sin partes”

4 - Il processo di fallimento

5 - Il fallimento – Milán 1966

III c.- Distinta fue la postura de Michelli, quien tuvo en cuenta la iniciativa en la apertura del proceso y en su estructura, llegando a ubicarlos como manifestación de la jurisdicción objetiva o con contenido objetivo. Postula así la universalidad de partes en litigio, aun en el concordato preventivo por administración controlada.⁶

Ello no obstante, no se excluiría la noción de parte: a veces hay finalidad liquidatoria o sancionatoria y en el concordato preventivo, la finalidad de la tutela está en la buena marcha de la economía, ya sea para salvar la empresa o para eliminar las no recuperables.⁷

III d.- Junto a las figuras tradicionales del fallido y los acreedores concursales,⁸ legislaciones y doctrina han destacado diversas posibilidades de tercerías:

- * así los terceros que contrataron con el deudor, en contratos no cumplidos total o parcialmente, al momento de iniciarse el proceso concursal.
- * los terceros que han celebrado contratos o recibido pagos y garantías sujetas a resolución;
- * los fideicomisarios del insolvente⁹
- * los coobligados solidarios;
- * los obligados por una acción de regreso;
- * los socios de la sociedad fallida obligados a pagar su cuota.
- * y la extensa categoría de "los demás interesados" o "cualquiera que tenga interés" – que se supone directo, personal y legítimo.

Y finalmente los trabajadores dependientes de la empresa, que han determinado un eje de gran controversia en los años recientes

III e.- La ley regula entre otros, la situación de los terceros que estipularon contratos con el deudor, aun no cumplidos o cumplidos parcialmente al momento de la apertura del concurso – artículo 72; los terceros que estipularon negocios o recibido pagos y garantías sujetas a revocatorias, artículo 64, los fideicomisarios del insolvente, los coobligados solidarios y los obligados en vía de regreso, los socios de la sociedad fallida obligados a pagar sus cuotas – 150, 151, etc.

Y también la situación de los otros interesados donde resalta la situación de los trabajadores dependientes de la empresa.

Estas categorías no son unitarias: para las empresas comerciales se distinguen aquellos supuestos de concordato o quiebra o la denominada liquidación administrativa, frente a la situación de las pequeñas empresas.

Los acreedores se ubican de modo diverso según tengan privilegios o sean quirografarios, o se trate de acreedores condicionales o hipotecarios no admitidos en el proceso.

En la legislación italiana aparece un concepto diverso de categoría de acreedores: los que tienen derechos en la distribución parcial de la denominada liquidación coactiva administrativa (artículo 212; y régimen especial al cual nos referiremos al mencionar el denominado caso Parmalat)

Esa subdivisión de deudores ha marcado profundamente la evolución de la legislación concursal _ así sociedades bancarias y de seguros en 1989 y luego el grupo EFIM; y más recientemente la Ley Berlusconi de 2003 y 2004 referida a las grandes empresas.

Nace así el proceso de administración extraordinaria de grandes empresas en crisis.

Pero además se dan variantes entre los acreedores privilegiados o quirografarios respecto de los acreedores de la masa: trabajadores, ancianos, pequeños cultivadores, etc.

En Europa los trabajadores tuvieron amparo de la Comunidad Europea (20 de octubre de 1990 y una sentencia del 19 de noviembre de 1991 y una sentencia de condena por morosidad y resarcimiento de daños).

Se ha dispuesto asimismo la revocación de los mandatos irrevocables celebrados en los dos años anteriores.

Lo cierto es que el derecho reconoce discriminaciones profundas basadas en la relevancia del crédito y su tutela, más allá de la paridad de trato entre acreedores (la prorrata que está en la raíz de la distribución de los bienes integrantes de la masa).

¿Cuáles son los límites de la legitimidad?¹⁰

6 - cf. Michelle "Opere minore DPC, II Milán 1982

7 - ob. Cit. En Studi in onore di Zanobini, volumen V pag. 445-447

8 - como veremos más adelante

9 - entre nosotros ver ley que regula el fideicomiso

10 - ver "Paridad y discriminación entre acreedores en los procedimientos concursales" en "La quiebra" - 1984

Lo cierto es que se ha producido una ampliación del área de los intereses tutelados en los procesos concursales: por un lado aparece la figura del empresario (la empresa) y la acentuación en el interés de conservar la empresa – aun para venderla – y la salvaguarda de los intereses de los trabajadores.

Ello puede apreciarse en la ley comunitaria de 1990 y disposición de 23 de julio de 1991 – cesión de la azienda o su arriendo –.

Con referencia a la conservación, nos enfrentamos a la “cura” de la empresa, que aparece como finalidad de la administración controlada y su extensión a dos años, así como las gestiones de salvaguarda de los patrimonios empresarios y del nivel ocupacional que justifican la prórroga de la clausura – Ley 8 de junio de 1984; (ver situación Sudamtex).

Y no es todo: las categorías de acreedores son precisadas, estableciéndose una preferencia para los trabajadores dependientes y empresas industriales con menos de 100 trabajadores.

Y se establece una interpretación de la Ley Prodi de 1984, si el cesionario de la empresa se compromete a continuar por lo menos por dos años la actividad productiva y mantener el nivel ocupacional.¹¹

Al comentar esta normativa, parte de la doctrina ha señalado su preocupación por la creación de una serie de estatutos especiales que atiendan la insolvencia de los particulares deudores, fuera de las normas de garantía generales: son las que Tarzia denomina leyes “retrato” relativas a los arreglos específicos; o el criterio del Ejecutivo de afrontar los desarreglos mas graves, con medidas ad hoc, con procesos anormales que otorgan extensos poderes discrecionales a un comisario liquidador o a los ministros o a un órgano de vigilancia para transferir bienes sin control jurisdiccional civil o administrativo (como fue el caso EFIM en 1993).

Pienso que algo similar ocurra con el decreto ley de 24 de diciembre de 2003, cuyo contenido veremos que fue modificado progresivamente para volver a una legislación mas general (y que refiere a Parmalat SPA y sus colaterales).

Coincido con Tarzia en la necesidad de frenar la legislación de emergencia - y recuerdo así la que puso fin a la crisis bancaria del 2002 y 2003 aunque allí se dispuso la liquidación judicial de determinados bancos, pero no se solucionaron ni cerca los problemas de los acreedores quirografarios y cientos de trabajadores debieron sacrificar sus puestos de trabajo.- y también en dar certeza a los remedios contra la insolvencia, respetando los derechos individuales de todos.

Sólo así se realizará aquel interés general que reconocemos habitualmente, no como el interés prevalente en una situación política y económica contingente ni como la simple, imposible suma de aspiraciones inconciliables, sino como la razonable composición de los intereses que animan la sociedad civil.¹²

III.f.- Concurso del grupo económico

En fecha reciente se ha planteado entre nosotros la existencia de empresas vinculadas por lazos de coordinación o subordinación, las cuales han sido objeto de regulación de la ley n° 16060.

Pero con anterioridad, circulares del Banco Central y aun del Banco de Previsión Social aluden a situaciones referidas a los conjuntos económicos.¹³

La inexistencia de normativa precisa, aun en la segunda ley de urgencia, genera problemas en cuanto a la admisibilidad en nuestro derecho en cuanto al concurso del conjunto económico.

Se ha sostenido doctrinariamente, que es procedente que el actor promueva un litis consorcio facultativo, que será tramitado por el juez en concordancia, teniendo en cuenta que sustancialmente existiría un único patrimonio de afectación.

En los hechos existen escasos antecedentes de presentación conjunta de empresas, los cuales fueron tramitados en un solo expediente y con un solo síndico.

Obviamente el riesgo de que la falta de las mayorías requeridas legalmente, apareje la disolución o quiebra de todas las empresas, configura una limitante a la solución unitaria.

Por eso estimo que las soluciones legales que admiten las cesiones de empresas – o de capital accionario de las mismas - a terceros y mantienen el mecanismo del concordato para las restantes, siempre que no exista fraude en perjuicio de los acreedores, puede resultar mas efectiva (y lo veremos oportunamente)

11 - La venta de la azienda, pag. 303

12 - ob. cit. Pág. 593

13 - En este sentido existe alguna norma reciente que habilita el concurso de los conjuntos económicos.

IV - LA COMPETENCIA

IV.1.- La innovación legal.

No en forma pacífica, pero sí atendiendo a una evidente necesidad práctica, la segunda ley de urgencia – número 17292 de 25 de enero de 2001 – innovó en esta materia de modo esencial, al crear dos juzgados letrados de concursos (mediante transformación de dos juzgados civiles).

El ámbito de su competencia, se limita a la primera instancia de todos los procedimientos concursales: concursos civiles, concordatos, moratoria de sociedades anónimas, quiebras y liquidaciones judiciales (correspondientes al departamento de Montevideo, - artículo 12).

Se modifica así el criterio unificador de la competencia establecido en el CGP, que creó ámbitos especiales en materia de familia, laborales y civiles (comprendiendo aquí la desaparición del fuero de comercio, tal como sucediera desde larga data). La razón básica de la innovación, impulsada largamente por la cátedra de derecho comercial, radicó en la conveniencia de concentrar en una magistratura especializada una problemática jurídico-económica cada vez mas acentuada.

Originariamente se preveía que los nuevos jueces tuvieran competencia nacional, pero en definitiva la misma se limita a Montevideo.

IV.2.- El fuero de atracción.

Tradicionalmente se ha sostenido por la doctrina y tiene también consagración legal el denominado fuero de atracción, que sustancialmente implica una ampliación de la competencia originaria del órgano encargado de llevar adelante el concurso.

En tal sentido, existen numerosos fallos coincidentes de la jurisprudencia, pudiendo citarse a vía de ejemplo la sentencia 194/97 del Tribunal Séptimo cuando señala que “si bien es cierto que la liquidación de una sociedad anónima reviste clara naturaleza concursal, y que por directa consecuencia de lo dispuesto por los artículos 13 de la ley 2230 y 1575 y 1598 del C. de Comercio, el proceso liquidatorio posee fuero de atracción respecto de todos los juicios pendientes o a iniciarse después de la quiebra, en los cuales el fallido sea demandado... RUDP Tomo 3-4/98.

El fuero de atracción se manifiesta por la pérdida de competencias naturales, territoriales, por uno o mas tribunales, a favor de otro, en principio incompetente, por razones de excepción (Barrios de Angelis, El proceso Civil II, pág. 165)¹⁴

En el caso del concurso no existen discrepancias respecto de que el proceso atrae a su fuero... conforme al artículo 457.5 CGP el juez del concurso requerirá el envío a su sede de todos los juicios ejecutivos en trámite en los que el deudor es demandado, actúa sobre todos los procesos que tengan relación sobre el patrimonio del deudor como objeto pasivo: las ejecuciones del artículo 454.3 y las demás que refiere el artículo 457.5 del mismo cuerpo normativo (cf. Barrios de Angelis).

A diferencia de la quiebra, el fuero de atracción del concurso sólo alcanza a los procesos de ejecución y los ejecutivos incluidos los hipotecarios y prendarios.

Por tanto un juicio ordinario por cobro de pesos que refiere a un co-demandado no lo afecta ya que queda excluido del fuero de atracción del instituto (sentencia nº 50/2001 TAC 2º).

Finalmente el TAT 2º señalaba en sentencia 41/07 que el fuero de atracción de la quiebra, no alcanza a los créditos laborales cuya procedencia y monto debía ventilarse ante la justicia especializada (cf. Plá – Olivera, Revista de derecho laboral, n1 125, pag. 365) .

Se reitera que el artículo 11 del decreto ley 14188 establece que los acreedores laborales (al igual que los prendarios e hipotecarios) pueden ejercer sus acciones fuera de la quiebra o de la liquidación de sociedades anónimas.

Este tema que dice relación con la realización de los créditos preferentes o privilegiados, incluyendo los fiscales, será objeto de consideración ulterior.

V - LOS CRÉDITOS DEL CONCURSO

Ingresando a un capítulo posterior, referido a la situación en que se encuentran determinados créditos a ser objeto de consideración expresa en el marco concursal, la doctrina ha relevado en forma reiterada, diversas situaciones:

14 .- De acuerdo a comentarios al respecto, una vez sancionado el artículo 113 de la Ley 17292, el fuero de atracción de la quiebra y el concurso, rige para todos los procesos concursales.

a) Los créditos hipotecarios y prendarios.

La legislación civil y comercial, ha colocado fuera de la masa concordataria aquellos bienes afectados por prenda o hipoteca, estableciendo que si sus titulares concurren a las respectivas liquidaciones, ven perjudicado su beneficio.

El régimen actual prevé que los acreedores hipotecarios prendarios o privilegiados integren la comisión de acreedores referida en el artículo 16 de la ley 17292, sin que ello implique la renuncia a sus derechos.

Acreedores hipotecarios y prendarios gozan de una preferencia otorgada por la ley, pudiendo hacer efectivos sus derechos fuera del concurso.

b) Los créditos privilegiados.

b.1) Los créditos fiscales.

De acuerdo al artículo 1732 inciso 6 del Código de Comercio se ubican dentro de la primera clase de créditos privilegiados los atrasos de impuestos públicos o municipales (cf. Federico Berro).

Este concepto ha sido tomado en sentido mas amplio por la Administración, incluyendo intereses, recargos y sanciones

Esta disparidad de criterios vuelve necesario precisar el alcance del crédito fiscal habiéndose propuesto la sanción de una norma similar a la ley 24522 argentina, donde el privilegio alcanza solamente al capital.¹⁵

b.2) Los créditos laborales

También el Código de Comercio señala en el artículo 1732 numeral 4, que los créditos laborales integran la primera clase de créditos privilegiados.

Con posterioridad, el decreto ley 14188 estableció que el acreedor laboral que tiene un crédito reconocido por sentencia, en caso de quiebra o concurso no está obligado a guardar sus resultas para ejercitar las acciones que correspondieran.

Esta redacción llevó a algunos a pensar en los créditos laborales reconocidos, como créditos preferentes.

En tal sentido, la sentencia n° 142/89 del Tribunal Civil Sexto importó un primer reconocimiento a la postura de Plá, relativa a la situación de los créditos laborales (Revista de Derecho Laboral, Tomo XIX, pag. 569)

En dicha sentencia el Tribunal invocó además el principio in dubio pro operario, sosteniendo que existiendo dudas de interpretación de la norma, debía aplicarse aquella mas favorable al trabajador, en cuyo mérito declaró el mejor derecho de los terceristas a cobrarse sobre el producido del remate (prefiriendo a éstos respecto de acreedores prendarios con créditos posteriores).

Por supuesto que esta posición del Tribunal fue acompañada por la doctrina laboralista en general (así por ejemplo Ermida).

No ocurrió lo mismo con la jurisprudencia posterior que en general no acompañó la tesis propuesta por el Dr. Bermudez.

Menos aun con buena parte de la doctrina que a partir de un trabajo de Jorge Luis Gamarra (publicado en el Anuario de Derecho Civil, Tomo XXI) sostuvo decididamente que el artículo 11 de la ley 14188 no otorga al acreedor laboral mejor derecho a cobrarse sobre los bienes gravados con prenda o hipoteca.¹⁶

Dicho autor señala que no existe fundamento para pensar que haya existido una derogación tácita de los artículos 1737 del Código de Comercio y 2381 del Código Civil.

Lo que ha establecido el artículo 11 de la ley 14188, es el derecho de los acreedores laborales a cobrar sus créditos con independencia de las resultas del concurso. Pero si existe un conflicto de intereses con acreedores prendarios o hipotecarios deberá regir la normativa general que prioriza los derechos legales de garantía sobre los personales, y aplicarse además el principio de la prioridad en el tiempo.

Si lo que se pretende es la inoponibilidad de la garantía real anterior frente al derecho personal del acreedor laboral, ello deberá ser objeto de regulación legislativa expresa, dada la entidad de la modificación legal que se pretende

A mi juicio la armonización propuesta por Gamarra entre los textos tradicionales, el decreto ley 14188 y el convenio 95, resulta adecuada desde el punto de vista interpretativo.

En consecuencia, carecería de sentido propiciar una interpretación de la ley que solo es de aplicación en los supuestos previstos en los artículos 16 y 17 del Código Civil.

Existe finalmente una remisión a los textos constitucionales de protección al trabajo, pero de hecho ellos indican al legislador la tutela que deberán brindar a los trabajadores, la cual no significa crear un super derecho que se impone a todos los demás en todas las circunstancias: el texto constitucional contiene múltiples disposiciones de amparo a la totalidad de los habitantes como el principio de igualdad consagrado en el artículo 8 que pueden alterar la solución que se pretende.

15 - cf. "Empresas en crisis en el Uruguay" pag. 87

16 - ob. Cit. Pag. 563 y siguientes

VI - LOS DESAFÍOS DE LOS CONCURSOS DE HOY

Diversas circunstancias conducen o han conducido en el tiempo a infinidad de empresas, a los denominados estados de insolvencia con escasas o pocas posibilidades de recuperación.

Desde siempre las denominadas hipótesis de ejecución colectiva – concursos, moratorias, concordatos preventivos o no, judiciales o no – han servido para procurar la superación de los llamados estados críticos en la empresa.

Modernamente se han propuesto diversas fórmulas tendientes a la reestructuración de la empresa, de modo tal de culminar en un respeto razonable de los derechos de los acreedores y en el mantenimiento de la actividad de la empresa, que incluye como factor esencial la permanencia de la fuente de trabajo de su personal.

Esta situación, de la cual el país ha vivido ejemplos recientes en los casos FUNSA y SUDAMTEX o en algunas sociedades médicas recapitalizadas o en la situación de los bancos intervenidos que culminara con la fusión y clausura de alguno de ellos, y la creación de nuevas entidades a través de prórroga en los plazos para el pago a acreedores, abatimiento del crédito fiscal, redistribución o cese de los funcionarios, aun abatimiento de los créditos nacionales o municipales.

Esta situación, propia de períodos de crisis económica, llevó en otros países al dictado de legislación de emergencia del cual el último ejemplo aun vivo, refiere a situación de un conglomerado con sede en Parma y 36 filiales en el mundo, una de ellas en Uruguay, y con un capital de euros 815.659.721: Parmalat Spa. y sus colaterales.

De modo súbito, dicha empresa ingresó a un estado patrimonial casi insoluble, con denuncias de fraude a terceros y dada su envergadura, el Estado italiano se propuso llevar adelante el salvataje de la empresa, teniendo en cuenta la cantidad de intereses implicados en su gestión.

Se partió de un decreto legislativo de 23 de diciembre de 2003, referido a grandes empresas en estado de insolvencia – con deudas no inferiores a un millón de euros – así como trabajadores subordinados... que se propongan efectuar una reestructura económica y financiera...

Establece un mecanismo de admisión inmediata de la administración extraordinaria de la empresa, con intervención del Ministerio de la actividad productiva – con una relación detallada y documentación adecuada, así como un pedido de declaración del estado de insolvencia dirigido al tribunal del lugar... el ministro valorando los requisitos admite la administración extraordinaria y propone al comisario extraordinario comunicándolo al tribunal (artículo 2).

De acuerdo al artículo siguiente este comisario desarrolla las funciones del denominado comisario judicial.

Dentro de los 60 días debe dar cuenta al tribunal de la documentación e informaciones previstas legalmente.

Puede asimismo requerir al ministro la admisión del procedimiento de administración extraordinaria para otras empresas del grupo (artículo 3).

Según el artículo 4 el tribunal declara el estado de insolvencia y dentro de los 180 días el comisario presenta al ministro el programa de reestructura, causas de insolvencia, nómina de acreedores, créditos respectivos y causas de prelación.

Si el ministro no autoriza el programa de reestructura o cesión de empresas, se dispone la conversión de la administración extraordinaria en quiebra.

Se prevé no obstante, la posibilidad de que el programa de reestructura implique la satisfacción de los acreedores a través de un concordato que puede considerar un trato diferencial para pequeños acreedores o pertenecientes a clases diversas, atribución a los acreedores de acciones o cuotas.

Para aprobar el concordato, se requiere mayoría absoluta de los créditos y sentencia especial del tribunal, la cual es ejecutiva. Puede apelarse por el deudor, el comisario o los acreedores pero la apelación no es suspensiva.

Cuando la sentencia de homologación adquiere cosa juzgada se cierra el procedimiento de la administración extraordinaria.

El comisario está facultado para proponer acciones revocatorias, así como cesión o uso de bienes, de negocios o de rama de negocios de las empresas.

Finalmente el 3 de mayo de 2004 se dicta el decreto n° 119 incluyendo además de las administraciones extraordinarias, un programa de cesión de empresas, la definición de un sistema de gobierno corporativo, incluyendo cadena de control societario, estatuto social, código de conducta, etc.

En conclusión la referencia precedente tuvo por finalidad indicar algunos aspectos que se consideran significativos, tales como:

- a) la intervención del ministerio de actividades industriales (u otro conexo)
- b) la actividad de la empresa girando en torno a la figura del comisario extraordinario
- c) la intervención judicial necesaria – aunque en funciones de control, típicas de la jurisdicción voluntaria.
- d) la necesidad de un proyecto de reestructura a ser aprobado por el Ministro
- e) las diversas opciones de salida, a través de un concordato con mayorías simples, y la admisión de diversas clases de acreedores con soluciones distintas.
- f) posibles cesiones de empresas del grupo, u otras variantes como cesión de cuotas sociales a los acreedores, etc.
- g) la quiebra si la reestructura proyectada no es aprobada

VII - CONCLUSIONES

De las normas de ejecución colectiva del viejo Código de Comercio, pasando por el régimen de concordato privado de la ley del 26 hasta llegar a la ley 16613 de intermediación financiera de diciembre de 2002, que previó diversos mecanismos para posibilitar una reestructura del sistema bancario, podemos inferir que las prioridades se han volcado hacia mecanismos superadores de crisis, consagrando normas que implican en muchos casos el abandono del principio igualitario de los acreedores: mas que en la justicia distributiva – dar a cada uno lo suyo – se piensa en tratar desigualmente a los desiguales. Y ello aun en la forma concordataria, que sigue siendo la vía de conclusión para evitar la quiebra, pasando por una figura intermedia, la administración extraordinaria a cargo de un comisario extraordinario, un verdadero Interventor con facultades plenas, incluyendo funciones de Síndico propuesto por el ministro y designado por el juez.

Como se ve el Poder Ejecutivo y Judicial buscan llevar adelante un procedimiento mixto para arribar a la solución concordataria, que se mantiene así como la fórmula final para recomponer la actividad societaria.

Casi diríamos vino nuevo en odres viejos.